

**A *LOCATIO AD LONGUM TEMPUS*,
REINTERPRETAÇÃO MEDIEVAL
DO DIREITO ROMANO PARA
PROTEÇÃO DO ARRENDATÁRIO**

*The locatio ad longum tempus,
a medieval reinterpretation of Roman
Law to protect tenants*

DAVID MAGALHÃES
Universidade de Coimbra

Resumo: através da reinterpretação de várias fontes romanas, foi criada no seio da escola dos Glosadores a *locatio ad longum tempus*, que outorgava ao arrendatário uma tutela de carácter real, obstando à falta de tutela possessória do vulgar *conductor* e à regra comumente designada *emptio tollit locatum*. A ciência do Direito comum acabou, assim, por acolher a *locatio ad longum tempus* durante séculos.

É com o Humanismo jurídico que surge uma crítica àquilo que era uma construção dogmaticamente espúria, mas só na fase do *usus modernus pandectarum*, num contexto racionalista e iluminista, a figura medieval acabou por ser abandonada.

A *locatio ad longum tempus* revelou que os quadros sociais vigentes na Europa ocidental desde a Idade Média se sentiam desconfortáveis com um enquadramento puramente obrigacional da locação. Uma valoração que não se tornou obsoleta: apesar de a locação por longo tempo ter sido tecnicamente abandonada, as preocupações que lhe estavam subjacentes permaneceram e são pacíficas nos ordenamentos jurídicos vigentes a tutela possessória do locatário e a regra *emptio non tollit locatum*.

Palavras-chave: *Locatio conductio. Agri vectigales. Ius perpetuum. Ius emphyteuticum. superficies.* Contrato de enfiteuse. *Locatio ad longum tempus. Ius commune.* Protecção possessória do arrendatário. *Emptio (non) tollit locatum.*

Abstract: through the reinterpretation of several Roman sources, the *locatio ad longum tempus* was created within the Glossators, granting to tenants an *in rem* protection, and preventing the lack of possessory of the common conductor and the effects of the rule commonly known as *emptio tollit locatum*.

The *ius commune* thus accepted the *locatio ad longum tempus* for centuries. Its critique appeared with Legal Humanism, as it was a dogmatically spurious construction, but only with the *usus modernus pandectarum* phase, in a rationalist and Enlightenment context, did the medieval figure end up being abandoned.

The *locatio ad longum tempus* revealed that the social values in force in Western Europe since the Middle Ages didn't get along with a purely obligatory framework of the lease contract. Such assessment did not become

obsolete: although *the locatio ad longum tempus* was technically abandoned, its underlying concerns remain and the tenant's possessory protection and the rule *emptio non tollit locatum* are peacefully accepted in the current legal systems.

Keywords: *Locatio conductio. Agri vectigales. Ius perpetuum. Ius emphyteuticum. Superficies.* Emphyteutic contract. *Locatio ad longum tempus. Ius commune.* Tenant's possessory protection. *Emptio (non) tollit locatum.*

SUMÁRIO: I. Direito romano. I.1. A tutela puramente obrigacional do locatário na locação comum. Breves considerações. I.2. Especificidades da locação de *agri vectigales*: perpetuidade e tutela real. I.3. A enfiteuse como contrato perpétuo, *tertium genus* entre a locação e a compra e venda. I.4. A fusão da locação dos *agri vectigales* com a enfiteuse. I.5. A locação *non ad modicum tempus* como figura com exclusiva relevância na constituição do direito de superfície. II. *Ius commune*. II.1. A construção da *locatio ad longum tempus* pelos Glosadores, com base nos textos romanos, para protecção do arrendatário. II.2. A aceitação da *locatio ad longum tempus* pela ciência do Direito comum. II.3. O início da crítica da *locatio ad longum tempus* pela Escola Culta. II.4. A generalizada recusa da *locatio ad longum tempus* no contexto jusracionalista e iluminista. III. Conclusão.

I. DIREITO ROMANO

I.1. A tutela puramente obrigacional do locatário na locação comum. Breves considerações

Da locação de coisa (inserida na figura mais ampla da *locatio conductio*, um dos quatro contratos consensuais reconhecidos pelo Direito romano),¹ não resultava qualquer posição de natureza real para o locatário. O despejo, ainda que ilícito, extinguia o contrato e o *conductor*

1. Sobre o carácter consensual da *locatio conductio*, compulsem-se as fontes que se seguem.

– *Gai Institutiones* 3,135: «*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*» («As obrigações constituem-se por consenso na compra e venda, na locação, na sociedade e no mandato»).

– D.44,7,2 pr. (*Gaius libro tertio institutionum*): «*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*»

apenas poderia reagir através da *actio conducti*, que servia para exigir uma indemnização pelo não cumprimento da obrigação de ser proporcionado o gozo da *res*, ou o pagamento da cláusula penal convencionada.² A tutela possessória era, também, categoricamente negada.³

Como decorrência, verificava-se a inoponibilidade da locação ao sucessor, a título singular, do direito do locador, nomeadamente concretizada através de um contrato de compra e venda. O que no direito intermédio ficou conhecido através da máxima (não rigorosa, mas extremamente impressiva) *emptio tollit locatum*.⁴

(«Fazem-se pelo consenso as obrigações nas compras e vendas, locações conduções, sociedades e mandatos»).

– D.19,2,1 (*Paulus libro 34 ad edictum*): «*Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*» («Por ser natural e do direito das gentes, a locação e condução não se contrai com palavras, mas pelo consenso, como a compra e venda»).

Vd. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*, 3.^a ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 294-295, ou PLESSIS, P., *Du Letting and hiring in roman legal thought: 27 BCE - 284 CE*, Leiden-Boston, Brill, 2012, p. 17.

Recorde-se que os contratos consensuais eram aqueles que se concluíam pelo mero consenso das partes, que se poderia manifestar de qualquer modo, como decorre do que nos foi transmitido por *Gai Institutiones* 3,136 e D.44,7,52,9.

– *Gai Institutiones* 3,136: «*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit*» («Dizemos que nestes se contrai a obrigação por consenso porque não há necessidade de palavras proferidas oralmente, nem de documento escrito, sendo suficiente que consentam os que gerem o negócio. Por isso, tais negócios são contraídos mesmo entre ausentes, através de carta ou de nuncio, quando, pelo contrário, as obrigações verbais não podem ser feitas entre ausentes»).

– D.44,7,52,9 (*Modestinus libro secundo regularum*): «*Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis uerbis hoc exprimi possit*» («Também o mero consentimento basto para a obrigação, ainda que se possa exprimir por palavras»).

2. Remetemos para o que já investigámos em MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário. O direito à permanência nas dependências locadas, desde o direito romano clássico*, prólogo de Federico Fernández de Buján, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 29 y ss., 77 y ss.

3. Sobre a falta de tutela possessória da posição do locatário, MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 43 y ss.

4. Tomamos a liberdade de voltar a remeter para a nossa *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 133 y ss.

1.2. Especificidades da locação de «agri vectigales»: perpetuidade e tutela real

Não foram desconhecidos do *ius romanum*, todavia, contratos de locação que outorgavam ao locatário uma tutela de natureza real. Já na época clássica estavam sujeitas a um regime especial as locações dos chamados *agri vectigales*,⁵ isto é, arrendamentos de terras pertencentes aos municípios, ao abrigo dos quais o concessionário ficava obrigado a pagar uma prestação, o denominado *vectigal* – como demonstram os excertos dos textos de Paulus e Ulpianus, recolhidos em D.6,3, título epigrafado «*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*» – «Se é exigido o campo vectigal, ou seja, enfiteuticário».⁶

No registado em D.6,3,1 (extraído de *Paulus libro 21 ad edictum*), expunha-se que os campos pertencentes às cidades se denominavam «vectigais» se locados em perpetuidade, isto é, sem o locatário ou os seus sucessores poderem ser despejados enquanto pagassem o *vectigal*. Não eram considerados «vectigais» os terrenos das cidades concedidos como se fazia entre privados (pr.).⁷ Aos locatários que tomassem em locação terrenos aos municípios a título perpétuo, embora não fossem proprietários, concedia-se uma acção real contra qualquer possuidor e até contra os próprios municípios (parágrafo 1).⁸

5. Sobre a locação de *agri vectigales* é clássico BOVE, L., *Ricerche sugli «agri vectigales»*, Nápoles, Jovene, 1960.

6. D.6,3,1 (*Paulus libro 21 ad edictum*) «*pr. Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. 1. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*

D.6,3,2 (*Ulpianus libro 17 ad Sabinum*) «*Ita tamen si vectigal solvant*».

D.6,3,3 (*Paulus libro 21 ad edictum*) «*Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit*».

7. Portanto, nas locações privadas e nas locações de terras municipais sem a natureza de «vectigais», não vigorava a regra da perpetuidade.

8. Sobre outros meios de protecção jurídica, concedidos casuisticamente aos locatários de *agri vectigales*, remete-se para BOVE, L., *Ricerche sugli «agri vectigales»*..., cit., pp. 138 y ss.

Ulpianus ressalvava, no que conhecemos por intermédio de D.6,3,2 (constante do seu *libro 17 ad Sabinum*), que essa tutela real estava dependente do pagamento do *vectigal*.

Os compiladores voltam a dar a palavra a Paulus em D.6,3,3 (onde se conserva, novamente, um excerto do *libro 21 ad edictum*), o qual indicava que o mesmo (isto é, a concessão da acção real) ocorria quando as locações fossem celebradas por tempo determinado, mas o período contratual ainda não tivesse decorrido.

Nas suas Instituições, a propósito das grandes proximidades entre venda e locação, Gaius ensinava que, em alguns casos, se suscitava a dúvida sobre qual dos contratos estaria presente. Uma das situações duvidosas era a locação em perpetuidade, como ocorria com os prédios dos municípios se o locatário e seus herdeiros não pudessem ser deles privados enquanto pagassem o *vectigal*. Gaius constatava que prevalecera a corrente favorável à locação.⁹

Em várias fontes era usada, aliás, uma terminologia própria da *locatio*. Além de D.6,3, podem apontar-se D.39,4,11,1 (*Paulus libro quinto sententiarum: «Agri publici, qui in perpetuum locantur...»*), D.19,2,15,4 (extraído de *Ulpianus libro 32 ad edictum* e onde se afirma ser aplicável ao dano sofrido pelos «*vectigais*», em situação de catástrofe natural, o regime do abatimento de renda e respectiva compensação em anos de abundância: «*Hoc idem et in vectigalis damno respondit*») e D.50,16,219 (*Papinianus libro secundo responsorum: «Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint*»).¹⁰

Em suma, ao contrário da *locatio* celebrada entre particulares, a locação de *agri vectigales* não só proporcionava ao locatário e seus sucessores (*inter vivos ou mortis causa*) o gozo perpétuo do prédio,

9. *Gai Institutiones* 3,145: «*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur; ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.*»

10. Perante estes dados, BOVE, L., *Ricerche sugli «agri vectigales»...*, cit., pp. 110 y ss., aventa que Gaius se referia a uma discussão não jurídica, o que não nos parece forçoso.

como uma tutela processual que lhes permitia reagir *erga omnes* quando sofressem esbulhos.

O arranjo sistemático é, ademais, significativo, uma vez que o livro 6 do *Digesto* contém três títulos, todos dedicados a acções de reivindicação.¹¹ A *rei vindicatio* tutelava a propriedade quirritária, isto é, do *ius civile* (D.6,1, «*De rei vindicatione*»); a *actio publiciana in rem* consagrava protecção processual análoga –de natureza honorária– à propriedade bonitária (D.6,2, «*De publiciana in rem actione*»); e a *actio in rem vectigalis*, prevista no terceiro título, punha à disposição do *conductor*, nas locações perpétuas de terrenos municipais, um meio de recuperar a *res* das mãos de possuidores que o tivessem esbulhado. A já transcrita epígrafe de D.6,3 refere, justamente, o pedido processual em que se exigia o próprio *ager vectigalis*.

I.3. A enfiteuse como contrato perpétuo, *tertium genus* entre a locação e a compra e venda

Assumiram grande importância na época-clássica, com a finalidade de concessão de terras públicas a particulares, o *ius perpetuum* e o *ius emphyteuticum*, como decorre de diversas constituições imperiais compiladas no *Codex Theodosianus* e/ou no *Codex Iustinianus*.¹² A distinção entre os dois não é fácil, pois acabaram por se fundir, o que se demonstra, designadamente, através das diferentes versões que conhecemos de uma *constitutio* de Arcádio e Honório, datada de 397.¹³

11. GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Nápoles, Jovene, 1992, p. 218.

12. Na constituição preservada em C.5,71,13 (Diocleciano e Maximiano, 293), a propósito «*De praediis vel aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis*», distingue-se entre o *vectigal* (o *ius perpetuum*) e o *patrimoniale sive emphyteuticum praedium*: «*Etiam vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium sine decreto praesidis distrahi non licet*». Cf. MITTEIS L. *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum*, Leipzig, Teubner, 1901, p. 51.

13. MITTEIS L. *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum...*, cit., pp. 40-41; BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 113.

Na versão constante de CTh.1,11,1, refere-se apenas o *ius perpetuum* ao ordenar-se que voltassem a estar a cargo dos oficiais palatinos e das repartições financeiras a cobrança das rendas de todas as *res* do Imperador e da totalidade do que tivesse sido concedido perpetuamente: «... *ad palatinorum curam et ad rationalium officia omnium rerum nostrarum et totius perpetuarii, iuris exactio revertatur...*».

Já em C.1,33,2, o *ius perpetuum* e o *ius emphyteuticum* surgem como realidades idênticas, referindo-se «a totalidade das concessões perpétuas, isto é, enfiteúticas» («... *ad palatinorum curam et rationalium officia omnium rerum nostrarum et totius perpetuarii, hoc est emphyteuticarii, iuris exactio revertatur...*»).

As fontes disponíveis permitem, todavia, distinguir os traços fundamentais da evolução histórica do regime de cada uma das concessões e que até explicam a sua fusão.¹⁴

O *ius perpetuum* recaía sobre terras do fisco, os *fundi rei privatae*. Estes eram comprados pelos concessionários, que se tornavam seus proprietários e cuja posição era transmitida a título sucessório.¹⁵ A concessão era irrevogável.¹⁶

O *ius emphyteuticum* tinha como objecto, por seu turno, os *fundi patrimoniales*, que pertenciam ao património do próprio Imperador e eram concedidos com a obrigação de ser pago anualmente um *vectigal* (C. Th.5,15,15, de 364). De acordo com a constituição de Valentiniano e Valente aí recolhida, o sistema de licitação de terras recentemente adoptado era abolido, não se podendo permitir que o concessionário fosse privado do prédio por ter sido feita uma melhor oferta; desta maneira, proibia-se o aumento da prestação e ordenava-se a repristinação da situação anterior dos enfiteutas privados do seu direito por não terem aceitado um aumento —o que abrangia situações ocorridas desde o consulado de Leôncio e Salustiano (de 344).

14. Sobre o ponto são essenciais MITTEIS L. *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum...*, cit., pp. 44 y ss., e BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 41 y ss.

15. CTh.5,13,1 (Constâncio e Constante, 341) = C.11,66,1; CTh. 5,13,4 (Valentiniano e Valente) = C.11,66,2.

16. C.11,66,1 («*nullo a nobis iure retrahi*»); C.11,71,2 (Graciano, Valentiniano, Teodósio, 382-384); C.11,71,5 (Teodósio e Valentiniano).

Este regime foi confirmado no ano seguinte: uma licitação não privava da concessão nem o enfiteuta, nem os seus sucessores,¹⁷ deste modo se afigurando o *ius emphyteuticum* como irrevogável e perpétuo.¹⁸ No mesmo sentido, Valentiniano e Valente determinaram noutra constitutio (desta feita, datada de 368)¹⁹ a subsistência do direito enfiteutico enquanto fosse paga a prestação devida e que ao concessionário não era meramente emprestado o *fundus*, sendo-lhe transmitido, sim, o direito de propriedade («*Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure dominii*»).

A qualificação do enfiteuta como *dominus* está também presente na *lex* datada de 434 e promulgada por Teodósio e Valentiniano (C.Th. 5,12,3 = C.11,62,12): sendo proprietários das terras («*cum fundorum sunt domini*»), os concessionários podiam libertar os respectivos escravos, como se regista no final do primeiro parágrafo.²⁰

Não obstante estes vectores, a estrutura de direitos e deveres integrante do *ius emphyteuticum* era tributária dos quadros da *locatio conductio*, conforme decorre do regime desenhado pela legislação imperial.²¹ Assim, como acontecera com a locação dos *agri vectigales* (D.6,3), consistia o *ius emphyteuticum* numa concessão de terras públicas de tipo locatício, mas na qual se enxertava um carácter de perpetuidade estranho

17. C.11,62,3,1 (Valentiniano e Valente, 365).

18. Assim, também, C.11,62,5 (Valente, Graciano e Valentiniano, 377).

19. C.11,62,4.

20. A *constitutio* promulgada em 367 por Valentiniano e Valente (contida em C.11,63,2) tinha preceituado expressamente que a libertação de escravos pelo concessionário podia ser revogada por autoridade dos oficiais competentes porque aquele não adquiria o *dominium* das terras («*qui fundorum non sunt domini*»). Segundo BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 93-94, é patente uma evolução entre 367 e 434, pois, a propósito da mesma questão (a validade do acto de manumissão de escravos), ao concessionário fora primeiramente negada a qualidade de proprietário do prédio, o que poderia acarretar a revogação da manumissão, mas volvidos 67 anos ele já era qualificado como *dominus*, com poderes para libertar servos.

21. V.g., C.Th. 5,15,15: «*Enfiteutica praedia [...] elocata*»; C.Th. 5,15,18 (Valentiniano e Valente): «*conductoris nomine*»; C.Th. 13,11,6 (Arcádio IV e Honório III, 396 [394]): «*quae in huiusmodi locationibus*»; C.Th. 10,3,7 pr. (Honório e Teodósio, 417): «*emphyteutici iuris praedia ita locari praecipimus*». Ademais, a epígrafe de C.Th. 10,3 é «*De locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum*». Vd. BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 50-51.

à *locatio* comum, ao ponto de a própria chancelaria imperial ter chegado a qualificá-la como *dominium*.

Tudo indica que a figura acabou por ser usada nas relações entre particulares, o que levou à promulgação da celeberrima *lex Zenoniana*, conservada em C.4,66,1 (476-484), onde pela primeira vez se disciplinou o *ius emphyteuticarium* como objecto de um contrato de Direito privado.²²

Tal intervenção legislativa mostra que as velhas dúvidas sobre a natureza da concessão dos *agri vectigales* dos municípios, expostas por Gaius, voltavam a surgir quanto aos contratos enfiteuticos, também eles perpétuos. Perante uma cedência fundiária desse tipo, tratar-se-ia de compra e venda ou de locação? A qualificação revestia-se de importância para efeitos de definição do regime do risco. Ocorrendo uma transferência da propriedade a favor do concessionário, seria este o onerado, como resultava das regras da compra e venda; já se se entendesse que havia uma locação, seria o locador a arcar com as consequências dos casos fortuitos.²³

Com efeito, ao responder a Sebastianus, Prefeito do Pretório, Zenão sente-se na necessidade de resolver essas questões, o que faz através da engenhosa criação de um instituto autónomo. A novel figura não se confundia com a alienação do *dominium*, nem com a locação, sendo um *tertium genus* («*ius tertium*»), não obstante associações e semelhanças que tivesse com esses dois títulos. Tinha conceito e definição próprios, consistindo num contrato justo e válido, em que tudo o que fosse convencionado pelas partes, através de pactos reduzidos a escrito, mesmo a respeito de casos fortuitos, devia ser respeitado de todos os modos em firme e perpétua estabilidade. Na falta de pacto em que se convencionasse o regime dos casos fortuitos, dever-se-ia observar o seguinte: se ocorressem calamidades que levassem à perda completa da coisa dada em enfiteuse, a perda não era do enfiteuta, que ficara sem nada, mas do proprietário da coisa, que sem a existência do

22. CASCIO, S. O., «Studi Sull' Enfiteusi», AUPA, 22, 1951, pp. 5-535, p. 35; BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., p. 102.

23. GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, 16.^a ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2008, p. 204.

contrato já sofreria as fatalidades; um prejuízo meramente parcial ou leve, que não lesasse a substância da coisa, corria pelo enfiteuta.²⁴

As Instituições de Justiniano vão endossar as soluções da constituição de Zenão, fazendo-o no âmbito da exposição sobre a *locatio conductio*.²⁵ Aquele a quem fosse entregue prédio para o desfrutar a título perpétuo, enquanto pagasse uma contraprestação, não poderia ser despejado, bem como não o poderia ser o seu herdeiro, nem aquele a quem tivessem alienado o prédio. Entre os *veteres* fora controverso se uma concessão com estas características constituía uma locação ou uma venda (uma clara referência às dúvidas que conhecemos através das *Gai Institutiones* 3,145), mas a *lex Zenoniana* já determinara tratar-se de um contrato com natureza própria, denominado enfiteuse, que não se

24. C.4,64,1: «*Imperator Zeno. Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.* * ZENO A. SEBASTIANO PP. * <A 476 - 484>».

25. I.3,24,3: «*Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur*».

inclinava nem para a *locatio conductio*, nem para a *emptio venditio*, prevalecendo antes de mais o que fosse pactuado pelas partes. Na falta de pacto sobre o risco da coisa, este onerava o proprietário se a perda fosse total, mas correria por conta do enfiteuta face a perdas parciais – ou seja, um regime supletivo idêntico ao consagrado em C.4,64,1.

1.4. A fusão da locação dos *agri vectigales* com a enfiteuse

Como tivemos ocasião de observar, a epígrafe do título D.6,3 (composto por textos de Ulpianus e Paulus) refere-se ao «campo vectigal, ou seja, enfiteuticário», plasmando uma evidente equiparação entre a locação de *agri vectigales* e a enfiteuse. O mesmo se aponta a propósito de D.2,8,15,1. Aí se recolhe uma passagem de *Macer libro primo de appellationibus*, onde se lê que era considerado possuidor quem possuía o campo vectigal, ou seja, enfiteutico («*qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur*»).

Paulus e Ulpianus viveram entre os séculos II e III e foi neste século que Aemilius Macer, autor dos *Libri II de appellationibus*, desenvolveu a sua obra. Ora, sem embargo de a origem da enfiteuse não ser fácil de identificar, a denominação grega revela tratar-se de uma importação proveniente dos territórios orientais do Império, onde há muito era praticada.²⁶ O instituto não tem tratamento apreciável nos textos contidos no *Digesto* –clássicos e de natureza jurisprudencial– e as fontes pertinentes que permitem perscrutar as suas origens consistem em constituições imperiais, datadas dos séculos IV a VI,²⁷ onde se incluem as intervenções legislativas de Zenão e de Justiniano no sentido de disciplinar a enfiteuse como contrato de Direito privado.²⁸

26. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «Concesiones administrativas demaniales agrarias de fomento: enfiteusis», *Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes Facultad de Derecho*, 45, enero-junio, 2011, p. 9. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033194004.pdf>.

27. SUÁREZ BLÁZQUEZ G. «Concesiones administrativas demaniales...», *cit.*, p. 9.

28. Além da *lex Zenoniana*, o *Codex* contém, a respeito da enfiteuse, três constituições promulgadas por Justiniano: C.4,66,2 (529), C.4,66,3 (530) e C.4,66,4 (531-534). Justiniano debruçou-se, ainda, sobre a enfiteuse das *res* eclesiásticas nas Novelas 7 (535) e 120 (544).

Destarte, as similitudes entre a locação dos *agri vectigales* (já vigente na época clássica) e as concessões enfitêuticas (de extracção pós-clássica, sob influência helénica), traduzidas ambas em concessões perpétuas e que até tinham suscitado as mesmas questões de qualificação, levaram à unificação, como indicia a adição de *id est emphyteuticum/emphyteuticarium* aos aludidos textos das Pandectas.²⁹

I.5. A locação *non ad modicum tempus* como figura com exclusiva relevância na constituição do direito de superfície³⁰

O direito de superfície³¹ podia ser constituído através, nomeadamente, da celebração de contratos de locação e de compra e venda. Se o superficiário fosse perturbado pelo dono do solo, eram-lhe concedidas pelo *ius civile*, para exercício de pretensões indemnizatórias, a *actio conducti* (quando o modo de constituição fosse a locação) e a *actio empti* (se a superfície fosse constituída pela *emptio venditio*), o que promana de um trecho de *Ulpianus libro 70 ad edictum*, transmitido por D.43,18,1,1:

«Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur [...]».

Dado este contexto puramente obrigacional *ex iure civili*, se fossem terceiros a pôr em causa o exercício do direito de superfície, o superficiário apenas poderia agir através das acções que o dono do

29. Por exemplo, BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 103, 113-116.

30. Além do que aqui será exposto, compulse-se o que escrevemos em *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 203-204.

31. Cf. a monografia de ZAERA GARCIA, A., *La Superficies en Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2017. De atender a que analisaremos as fontes pertinentes tais como eram apresentadas no *Digesto*, pois foi isso que os Glosadores aproveitaram para construir a *locatio ad longum tempus*. Não nos deteremos minimamente em outras questões.

solo lhe deveria ceder, como escrevia Ulpianus na continuação do texto.³²

O *ius praetorium* alargou a tutela da *superficies*, concedendo o *interdictum de superficiebus* ao superficiário que desfrutasse a superfície sem violência, clandestinidade ou precariedade,³³ numa analogia com o *interdictum uti possidetis*,³⁴ o que permitia ultrapassar as dificuldades do mero enquadramento contratual oferecido pelo *ius civile*.³⁵ O superficiário passava a beneficiar, por via extraprocessual e ao abrigo do poder de *imperium* do pretor, de tutela contra actos de terceiros.

Concentremo-nos, tão-só, no direito de superfície constituído através da celebração de um contrato de locação entre o proprietário do solo e o superficiário. Como se viu – e em síntese – este tinha como meios de tutela a *actio conducti* contra o proprietário do solo/locador e, ao abrigo do *ius praetorium*, o *interdictum de superficiebus* face a terceiros (e também contra o próprio locador, pois a prova da *locatio* poderia ser difícil)³⁶. Era uma protecção de que todos os superficiários dispunham.

Ainda assim, o *interdictum de superficiebus* consistia num remédio de natureza pessoal, como qualquer *interdicta*,³⁷ só podendo ser exercido contra quem perturbasse o direito de superfície. Todos os ter-

32. D.43,18,1,1: «*sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere*».

33. D.43,18,1 pr.: «*Ait praetor: "Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo"*».

34. D.43,18,1,2. Tratava-se, assim, de uma situação de *quasi possessio*, como nota, por exemplo, GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'...*, cit., p. 178. Veja-se, ainda, MAGALHÃES, D., «Changing law by analogy. The importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since Roman legal thought», *Revista General de Derecho Romano* (RI §421026), 31, 2018, pp. 1-11, p. 5.

35. Como Ulpianus explicava na parte final do registado em D.43,18,1,1.

36. Questão expressamente referida por Ulpianus: «*quia et incertum erat, an locati existeret*» (D.43,18,1,1).

37. D.43,1,1,3 (*Ulpianus libro 67 ad edictum*).

ceiros que não o tivessem feito, mas que tivessem conseguido o gozo da *superficies*, não tinham legitimidade passiva.³⁸

Por conseguinte, foi gizada uma solução que protegeu de modo ainda mais amplo o superficiário, que através dela podia demandar todo aquele que lesasse o seu direito: como decorre do mesmo texto de Ulpianus, agora na parte registada em D.43,18,1,3, o direito de superfície foi, outrossim, tutelado pela *actio de superficie*, que era concedida após uma *cognitio* da causa e se revestia de natureza *in rem*.

«*Quod ait praetor “si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo”, sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*».

Deste modo, o pretor analisaria o caso concreto para averiguar se a locação que constituíra a superfície tinha sido concluída *ad tempus* ou *non ad modicum tempus*, negando-se ou concedendo-se a *actio in rem* consoante ocorresse, respectivamente, a primeira ou a segunda hipótese.³⁹ Quem «*non ad modicum tempus conduxit superficiem*» não ficava limitado à acção contratual e ao *interdictum*, dispondo da acção real.

É evidente que se queria afastar uma tutela de cariz real de situações que não tinham um lastro temporal suficiente para permitir a construção de um edifício,⁴⁰ ou seja, nas palavras de Braga da Cruz, «... é necessário que exista uma *causae cognitio*, isto é, que possa averiguar-se, dos termos do contrato-base, que houve a intenção de criar um direito de superfície e não apenas a intenção de realizar um arrendamento vulgar, de efeitos meramente pessoais e transitórios».⁴¹

38. GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'...*, cit., p. 179.

39. Como aponta GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'...*, cit., p. 178, a *actio* era concedida «caso per caso».

40. GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus – locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Nápoles, Morano, 1963, p. 79.

41. BRAGA DA CRUZ, G., «O Direito de Superfície no Direito Romano», in *Obras Esparsas, vol. I – Estudos de História do Direito Antigo, 1.ª parte*, Coimbra, Acta Universitatis Conimbricensis, 1979, pp. 287-316, p. 313.

Pelo que a dicotomia locação *ad tempus* e *ad non modicum tempus* apenas servia para distinguir entre direitos de superfície que fossem, ou não, tutelados por uma acção real. E, numa conclusão que não carece de mais desenvolvimentos, por ser de meridiana clareza, não era a locação, celebrada ou não *ad tempus*, que era tutelada *in rem*, mas sim o direito de superfície derivado de um contrato locatício concluído *non ad modicum tempus*.⁴²

II. *IUS COMMUNE*

II.1. A construção da *locatio ad longum tempus* pelos glosadores, com base nos textos romanos, para protecção do arrendatário⁴³

O Direito romano contido no *Corpus Iuris Civilis* permitia o desfrute perpétuo de imóveis, na forma de enfiteuse, com raízes nas concessões de *fundi* públicos e cuja evolução desembocara num contrato de Direito privado, que as partes celebravam ao abrigo de uma plena liberdade contratual. Mas, dentro da mesma liberdade, nada as impedia de optarem por uma locação comum, na qual o locatário não beneficiava de tutela *erga omnes*. Ora, semelhante figura constituía, inegavelmente, algo estranho aos quadros sociais vigentes aquando da recepção do Direito romano na Europa ocidental a partir dos séculos XI-XII.

Com efeito, ao trabalharem os textos justinianeus, compilados há mais de cinco séculos, os legistas estavam rodeados por uma realidade muito diferente daquela em que o seu objecto de estudo tinha sido elaborado. O sistema socioeconómico feudal e as próprias concepções subjacentes à posse e uso fundiários não coincidiam, em larga medida, com o equilíbrio de interesses que a *locatio conductio* romana desenhara enquanto instituto puramente obrigacional.

42. Cf. GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus ...*, cit., pp. 85-86 e, claramente no mesmo sentido, o já transcrito excerto da autoria de BRAGA DA CRUZ, G., *O Direito de Superfície no Direito Romano...*, cit., p. 313.

43. Na síntese que se segue, teremos em vista o investigado em MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 202-212.

Dotada de natureza jurídica real, a *locatio ad longum tempus* foi uma resposta que os juristas medievais encontraram para, de algum modo, adaptarem a locação comum às novas valorações. Vejamos uma síntese do caminho seguido e dos resultados obtidos.⁴⁴

Na célebre *Summa Trecensis* que recaiu sobre o *Codex* de Justiniano, datada do século XII, apresentava-se como beneficiário do *interdictum unde vi* quem tomou em locação *non ad modicum tempus*. Ao contrário do *colonus*, considerado simples representante do locador, o locatário *non ad modicum tempus* era colocado ao lado do superficiário como beneficiário do *interdictum*, afigurando-se lógico que se pressupunha a *locatio non ad modicum tempus* como figura desligada do direito de superfície e com uma tutela contra esbulhos violentos que nunca as fontes romanas tinham reconhecido aos meros locatários.

A partir do século XIII, os Glosadores aprofundaram essa abordagem, tratando a *locatio non ad modicum tempus* ou *ad longum tempus* como instituto autónomo, não apenas a propósito da defesa da posse (como fizera a *Summa Trecensis*), mas também ao analisarem o próprio contrato de locação.

Juristas da Escola de Bolonha como Azo, Rofredo de Benevento, Acúrsio e Odofredo construíram, assim, a *locatio ad longum tempus* como um contrato que, ao ser celebrado por longo tempo (entendendo-se como tal o que correspondesse a dez ou mais anos), conferia ao locatário uma posição de cariz real, o domínio útil do prédio e a tutela possessória, evitando-se as consequências da regra *emptio tollit locatum*. Como fundamento, recorria-se: aos textos romanos relativos ao direito de superfície (que referiam a tutela real das locações celebradas por tempo não módico); à disciplina da locação dos *agri vectigales* e da enfiteuse (formas de concessão fundiária de carácter *erga omnes*, como também seria a suposta *locatio ad longum tempus*, e que apareciam fundidas no *Digesto*); e, quanto à definição do que seria um *longum tempus*, aos textos da *longi temporis praescriptio*.

Em suma, gerava-se um *ius in re* independente de qualquer ligação com o direito de superfície: não era a *causa cognita*, referida por

44. O *magnum opus* sobre a *locatio ad longum tempus* é, ainda hoje, o de GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus, cit., passim*, que profusamente citámos nas partes da nossa dissertação relativas ao assunto e que são condensadas no presente artigo.

Ulpianus (D.43,18,1,3), que permitiria apurar a intenção de constituição de um direito real; este já estaria constituído previamente, por força do prazo de dez ou mais anos aposto ao contrato de locação.

II.2. A aceitação da *locatio ad longum tempus* pela ciência do Direito comum

A escola dos Comentadores seguiu sem desvios este entendimento e vários dos seus autores (como, por exemplo, Paulo de Castro) consideraram que a locação *ad modicum tempus* era um negócio de mera administração, ao passo que a *locatio ad longum tempus* consistia num negócio de alienação, destriça que tinha importantes consequências.⁴⁵

O *mos italicus iura docendi*, que seguiu as metodologias medievais durante os séculos xv a xvii, manteve-se por norma firmemente arreigado à ideia de que o prazo de dez ou mais anos aposto à locação podia transmutar a sua natureza puramente obrigacional, tornando-o em contrato gerador de um direito real a favor do locatário.⁴⁶

Ademais, o direito canónico medieval recebeu plenamente a dogmática da *locatio ad longum tempus* construída pelos legistas.⁴⁷ A Decretal *Monasteriorum*, contida nas Clementinas, Livro III, Título IV («*De Rebus Ecclesiae non Alienandis*»), Capítulo I, que proibia com grande amplitude a alienação de bens da Igreja, excepcionava expressamente na sua parte final as «*locationes ad tempus modicum faciendas*», conceito que, como prevalecia no *ius civile*, se identificava com aquelas celebradas por menos de dez anos. *A contrario sensu*, as locações *ad non modicum tempus faciendas* eram consideradas verdadeiras alienações para efeitos da proibição determinada pela decretal.

45. Cf., para outros desenvolvimentos, MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 277-279.

46. Vd. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 333-340.

47. Novamente se remete para MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 247-248.

II.3. O início da crítica da *locatio ad longum tempus* pela escola culta⁴⁸

O rigor do Humanismo jurídico na análise directa das fontes romanas, contrário à autoridade e mediação absolutas da opinião comum, ficou patente no ataque que muitos dos seus representantes dirigiram à *locatio ad longum tempus*. Para os juristas da Escola Culta (ou por ela influenciados) como Bohier, Connano, Hotman, Aires Pinhel ou Fabro, o prazo não podia modificar a natureza do contrato e a *locatio ad longum tempus* cingia-se ao direito de superfície. Era apenas no âmbito deste que se apreciava a *causa* e se apuraria se se tratava, ou não, de uma locação que baseava uma *superficies* com o cariz de *ius in re aliena*. O único contrato que transferia o domínio útil era a enfiteuse. Como escrevera Ulpianus no que se conserva em D.19,2,39 («*Non solet locatio dominium mutare*»),⁴⁹ a locação não trazia alterações ao *dominium*.

II.4. A generalizada recusa da *locatio ad longum tempus* no contexto jusracionalista e iluminista

A crítica humanista, como em tantas áreas, não produziu efeitos imediatos. Se não surpreende a indiferença com que foi recebida pelas correntes fiéis aos postulados das escolas italianas (já observada, *supra*, II.2), refira-se, em abono da verdade, que também em contextos menos monoliticamente vinculados ao *mos italicus*, como os territórios germânicos e os Países Baixos, a persistência da *locatio ad longum tempus* foi significativa.⁵⁰

Só nos séculos XVII e XVIII a figura medieval foi verdadeiramente derrubada pelo *usus modernus pandectarum*, terminando a sua carreira no contexto do iluminismo: os quadros lógicos racionalistas não podiam tolerar o que inegavelmente era uma distorção de dogmas fundamentais

48. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 294-302.

49. *Ulpianus libro secundo ad edictum*.

50. Seguimos muito sucintamente MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 353-360 (*iurisprudentia* alemã e neerlandesa do período da Recepção); pp. 379-380 («*iurisprudência elegante*» neerlandesa).

do direito privado romano. A locação era sempre a mesma independentemente do prazo celebrado, ou seja, consistia num contrato que apenas criava obrigações entre as partes, não transmitindo o domínio e não impedindo que *emptio tollit locatum*.⁵¹

Reflexo disto, em Portugal, foi o Alvará de 3 de Novembro de 1757. Ao contrário da doutrina portuguesa largamente maioritária e das Ordenações do Reino, que tinham endossado a *locatio ad longum tempus*,⁵² segundo aquele diploma do governo do Marquês de Pombal os contratos que não fossem enfiteuses eram considerados locações ordinárias. Não se dava espaço a qualquer locação que, pelo prazo estabelecido, transferisse o domínio.⁵³

III. CONCLUSÃO

A recepção do direito romano justinianeu na Europa ocidental ocorreu num contexto feudal, com vínculos sociais e concepções de exploração da terra muito diferentes da sociedade romana em que os jurisconsultos clássicos escreveram as suas obras. Parece evidente que os juristas medievais estavam impregnados desse espírito quando criaram a *locatio ad longum tempus*, assim dotando o concessionário de prédios alheios de uma posição mais firme face ao senhorio, com um concomitante incentivo da actividade agrícola.

A protecção outorgada revela que, a partir da Idade Média, o puro enquadramento obrigacional da *locatio conductio* causava desconforto. A *locatio ad longum tempus* foi um expediente que reflectiu essa incomodidade e as razões que lhe estavam subjacentes não desapareceram. Pelo contrário, foram lançadas raízes de protecção do arrendatário que não mais secaram: são pacíficas nos ordenamentos jurídicos vigentes a tutela possessória do locatário e a regra *emptio non tollit locatum*.

51. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 417-421.

52. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., p. 448.

53. Cf., a propósito, MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 421-422.